

## 登記・占有と第三者

大 西 泰 博

- 一 公示手段としての登記をめぐる様々な問題―序にかえて―
  - 断要素をめぐる―
- 二 二重譲渡における第一譲受人の未登記の問題
- 三 二重譲渡における第三者の問題―背信的悪意者の判
- 四 借地上の未登記建物の存在と新土地所有者
- 五 まとめと若干の検討

### 一 公示手段としての登記をめぐる様々な問題―序にかえて―

(1) 登記の真正の確保に関する問題 登記と実体との一致をどのようにして確保するか、つまり登記をめぐる紛争を事前に防止するためにはいかなる手段がよいかは、重要な問題である。<sup>(1)</sup>とりあえずは、手続法である不動産登記法の側面での検討が必要となろう。不動産登記法二六条によるところの「共同申請主義」が、真正を確保するた

めの一つの手段として考えられている。これは、登記権利者と登記義務者が共同で申請する以上、その登記の申請は実体関係に合致したものであらうとの前提のうえに成り立っている。また「当事者出頭主義」があり、これは、申請が当事者の真意によるか否かを登記官が確認することができ、登記の真正を確保する一手段とされている<sup>(2)</sup>。

しかし、わが国において登記の真正を確保する手段はきわめてゆるやかであり、登記官には実体的審査権もなく、また登記原因について公証人による公証も義務づけられてなく、実務上も登記原因証書のかわりに申請書副本とよばれているものが提出されている場合も多く見受けられる。これは一個の問題である。一方では、登記の真正を確保するために、登記原因証書の添付を厳密に要求するか義務づけられるべきであるとの積極的な考え方もあれば、他方では、実際提出されているような証書では、実際上は司法書士が公証機能をもたず、登記に公信用がない現状では、真正を確保することについて意義を有するものではなく、そうであるならば問題はあらうが申請書副本の提出でよいとの消極的な考え方もある<sup>(3)</sup>。

いずれにしても、どのような証書であれば真正を確保できるのか、あるいはその際司法書士の役割は何か、等につき再検討すべきであらう。

(2) 登記と実体の不一致に関する若干の例 登記原因証書をめぐって議論があるということは、不正・不実の登記を防止し、真正な登記を確保する努力が続けられていることを意味し、さらなる議論の深化が期待されるが、それにもかかわらず、実際上は、登記と実体が異なる事例がいくつも存在することは否定できない<sup>(4)</sup>。そうした事例をながめてみると、登記と実体の不一致が積極的になされている場合もあれば、どちらかといえば消極的とみられる場合もあり、さらに制度上いたしかたないという場合もある。

それではなぜ登記と実体の不一致が生ずるかについては、いろいろな理由が考えられ一言では言えないものの、基本的には、人間の意思を最大限に尊重することが、この登記の問題にも色濃く反映しているものと思われる。つまり民法に規定されている公序良俗や信義則に反しないかぎり意思は尊重されるべきであると考えられているからである。この点は再検討の必要があるものと思われる。

さて、まず不一致が積極的<sup>(5)</sup>に作り出される場合について考えてみるならば、その代表的な例は通謀虚偽表示である。この場合、通謀して虚偽の意思表示をすることについての動機や目的は、強制執行を妨害するためであれ、何であつても民法上は問うところではないとされているが、やや不思議な感のする規定である。この通謀虚偽表示は、とりあえず当事者間では無効であり、結局、真の権利者を保護している。もちろん当事者間でもいくつかの法律問題は生じるが、多くは第三者が登場してくると問題はより大きくなる。

つぎに、登記と実体の不一致がどちらかと言えば消極的<sup>(6)</sup>な場合についてみておこう。たとえば、実際上はそんなに多くないかも知れないが、契約の無効・取消・解除がなされたとしても、一旦移転した登記が相手方にとどまつたままであり、真の権利者に登記が戻っていない場合がこの例にあたる。あるいは二重譲渡における第一譲受人の場合もこの例である。つまりこれらは真の権利者が、登記を現状のままの状態にしておいた場合に生じる事例である。この事態はすぐさま何らかの問題をひきおこすのかと言えば、当事者間ではそれ程大きな問題はないが、第三者が登場すると問題は複雑性をおびることになる。

さらに登記と実体の不一致が、制度上の不備による場合もある。たとえば権利能力なき社團の場合がこれに該当する。権利能力なき社團の場合には、こうした団体それ自体の名義で登記することは、当該団体は法人格を有して

いないがゆえに認められておらず、実際上は当該団体の代表者の個人名義で登記せざるを得ず、登記と実体の不一致が生じることになる。

(3) 通謀虚偽表示の場合の検討　ここでは特に他人名義の登記を積極的に作り出すところの通謀虚偽表示について考えてみることにしよう。

通謀虚偽表示は、当事者間では無効である。したがってたとえば不動産の仮装売買につき真の権利者は、仮装の移転登記の抹消手続につき協力すべきことを相手方に請求することができる。いちおう九四条一項は、結果的には仮装譲渡をした譲渡人つまり真の権利者を保護する内容となっている。基本的には真の権利者には刑罰も課せられない。ただし通謀虚偽表示が、強制執行を妨害するためのものである場合には刑法九六条の二により、強制執行妨害罪として処罰の対象となる。こうした事情以外は、民法上の不法原因給付にからむ問題は若干あるものの、とくに真の権利者が不利に扱われることはない。

しかし、第三者が登場すると様相は変化する。つまり善意の第三者に対しては、虚偽表示の無効は対抗できなくなるのである。すなわち、通謀虚偽表示は自由に行なってもかまわないし、当事者間では無効であるが、実体とは一致しない虚偽の登記を積極的に行ない、そのことから発生するかもしれないリスクは、真の権利者が負うべきで、とくに登記を信頼した善意の第三者が登場したときには、民法は真の権利者を保護しないとの立場をとっていると解されよう。

さらに、最近の判例や学説によって形成されてきた民法上の理論の一つとして、九四条二項類推適用論があることは周知のことである。<sup>(7)</sup> 本来的な通謀虚偽表示の場合とは異なり、当事者間に必ずしも通謀とよべるものがなくて

も、登記を信頼した第三者が登場した場合には、一定の要件のもとに第三者を保護するという形で紛争を解決する理論である。つまり、真の権利者が積極的に虚偽の外観を作り出したというわけではなく、実体と異なる登記がなされているにもかかわらず放置していた場合にも、第三者が善意ならば九四条二項を類推適用して第三者を保護しようとするものである。ただし、第三者の無過失の有無や登記の具備については、説はわかれている。なお、真の権利者にはいわゆる帰責事由が必要とされていることは注意すべきであろう。結果的にはこの法理論は、登記に公信力をもたらず考え方であると理解されつつあるが、登記に公信力を与えるべきか否かは一個の問題であることもまた事実である。

(4) 課題の設定 登記が公示制度としての機能・役割を果たすためには、やはりいかにして登記と実体との一致を確保するのが重要と思われる。紛争が生じた後の事後的な処理を得意とする法律家の宿命かも知れないが、ややもすると登記と実体が一致していない場合に、その登記を信頼した第三者が一定の要件のもとに保護され、そのことは結果的に登記に公信力を認めたことになる、といった議論の中に我々は埋没しがちのように思われる。だがむしろそれは二次的なことかも知れない。そうはいうもののそのこと自体は実はきわめて我々にとっては重要なことであることは、疑いの余地はないものと思われる。しかももう少し予防法学的な側面も考えて、登記と実体の一致をできるだけ完全にやりとげること、そして登記の真正を確保することを正面から考えて行くことがこれからも重要な課題となろう。

しかしながら、実際には当事者間で通謀がなされたり、あるいはそれに近いことがなされてしまうと、もうこのような不正・不実の登記を防ぐことは困難となるであろう。しかし、そうすると今度は登記だけで判断することは

できないのではないか、さらに実体とは異なった登記から生じるリスクを誰におわせるのか、いったい誰を保護すべきなのか、といった民法上の解釈論による紛争処理のための判断要素の検討が必要となるのである。

ところで、こうしてみると、公示手段としての登記については、当然のことながら様々の問題があり、これらの諸問題の解決に向けてなお一層の努力が必要ながうかがえる。そこで本稿では、とくに公示手段として用意されている登記をまったくしなかった場合の問題についてとりあげ、第三者をめぐる問題についての理論的検討を行ないたいと考えている。

(1) この問題については、日本司法書士会連合会編『不動産登記手続と実体法―制度および登記原因証書論』に収められた各論稿参照（以下『不動産登記手続と実体法』と略す）。とくに甲斐道太郎「登記原因証書論」をめぐる若干の問題」参照。また同「『登記原因証書論』覚え書」（法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日の課題』三五―一頁以下（以下『今日の課題』と略す）参照。また藤原勇喜「登記原因証書の理論と実務」参照。なおこの一の論述は、一九九五年一月四日に開かれた第五回韓日土地法学会大会において筆者が行なった報告に加筆・補正をしたものである（韓国土地法学会『土地法学』第一二四―一頁以下参照）。

(2) 鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務」前掲『今日の課題』八六頁以下参照。

(3) 以上の点につき、たとえば幾代通「徳本伸一『不動産登記法（第四版）』一二九頁以下参照。

(4) この点につき中部ブロック不動産登記制度研究会「宇佐美大司「登記と実体との不一致」前掲『不動産登記手続と実体法』五七頁以下参照。

(5) (6) 積極的・消極的というわけ方ではいかにはや問題があるかも知れないが、当面はこの分類に従いたいと思う。

(7) この九四条二項類推適用に関する論稿は数多くあるが、とりあえずたとえば川井健「不動産物権変動の公示と公信」六六頁以下に掲げられた文献一覽を参照のこと。最近のものとしては、滝沢幸代「民法九四条二項と民法一七七条の適用関係」（『日本民法学の形成と課題（上）』所収一九五頁以下）、中倉寛樹「登記と民法九四条二項類推適用」（『新不動産登記講座（2）』所収一五六頁以下）参照。

## 二 二重譲渡における第一譲受人の未登記の問題

(1) 不動産売買により譲渡人から第一譲受人に不動産が譲渡されても、第一譲受人が登記を備えなければ、そこでは真の権利者と実体との不一致が生じることになる。そして第二譲受人が登記をすると、第一譲受人は未登記であるがゆえに、たいへんあぶない状態になる。しかしこの未登記権利者を保護するために、判例や学説は、一七七条におけるいわゆる第三者の範囲の問題として論じ、妥当な結論を導き出すべき理論構成に力を注いでいる。

本来的には、第一譲受人は未登記であるがゆえに、二重譲渡という現象を引き起こす一つの原因を作り出しているものであり、登記をしておけば問題は生じなかったのであるから、その意味では未登記の第一譲受人は保護されなくとも不思議ではないかも知れない。しかし現実には、市民社会に生活する市民がすべて、法律に規定しているような行動を取るとはかぎらないわけであり、近代民法が予定していたであろう近代的合理的理性的市民の行動パターンは、あくまでも一種の理念型であるがゆえに、登記をしない人もおり、結果的には登記と実体の不一致が生じているのである。

(2) ところで第一譲受人が登記を備えなかったことをどう評価すべきであろうか。この点につき以前はそれ程云々言われていなかったようにも思われるが、昭和四〇年代の半ば頃から比較的問題とする傾向にある。

たとえば星野教授は、ある判例研究において「民法一七七条の「<sup>(8)</sup>第三者」の問題において、第一譲受人側の事情を考慮すべきか否かは、一つの重要な問題たるを失わない。一般論としては、「第三者の背信性」が問題なのだから

ら、第一譲受人の事情は考慮するのはおかしいともいえる。建物保護法の問題において借地人側の事情をも考慮するのは、基本的には借地人対地主という特殊の関係があること、権利濫用論が用いられていることに由来するものであるかも知れない。そして民法一七七条については、画一的に第三者のことだけを問題にすべきである、とされるかも知れない。これは、民法一七七条の趣旨をどう考えるかにつらなる難問であるが、もしも、同条が登記のない第一譲受人を劣後させたことにはその怠慢を咎める趣旨も含まれる、と解しうるならば、やはり第一譲受人と第三者との事情を比較考量することになるのではないだろうか。また、第三者の背信性だけをとってみても、ある行為が背信的であるかないかは、相手方（ここでは第一譲受人）との関係でいえることであり、相手方の事情によって、同じ行為の背信性の有無、強弱が決まるように思われる。」と、のべておられる。また、ある論文においては「對抗要件主義とは、取引安全を目的とする制度ではあるが、そのための手段つまり法律構成としては、登記を信頼した第三者を保護するという形をとらず、物権を得たが登記を怠った者が敗れるという形をとっているのである、登記を怠った怠慢を咎めるという意味をもち、その結果譲渡人に登記のあるときには登記のない第一譲受人を無視しうることになるものと考えている」と主張されている。<sup>(10)</sup>さらに、ある講演において「一般論としても、法律による保護を受けようとするものは、それにふさわしい何らかの努力をする必要があるといつてよく、民法一七七条についても、そこで登記をしないと第三者に対抗できないのは、物権を取得しても、登記をしないものは負けるということ、少し強くいえば、登記を怠った者は負ける、と言っているわけです」と話されている。こうしてみると、星野教授の場合には、第一譲受人が未登記であることについて相当強く非難しており、第一譲受人が登記を怠ったから権利を失う理由となるという形で理論構成されていることがうかがえよう。



つぎに篠塚教授は、著書の中で「一般的にいいますと、第一譲受人は手ぎわよく登記を移さなかった、あるいは、仮処分や裁判をするのが大変であるから、第一譲受人は登記名義を移さなかったんだというかもしれないけれど、しかし、それなら、なぜ代金支払のさいに交換的に登記関係の書類、委任状などを譲渡人から第一譲受人がとっておかなかったか、という点について、やはり第一譲受人には責任があるのだ、というふうに考えるべきであろうとおもう。誰でも自分の過失を、他人の責任に転嫁することはできない、というきわめて平凡な、原則的な法律の常識からゆけば、第一譲受人が権利を失うのも第一譲受人の過失によるものであって、これはやむをえないでしょう」と、主張されている。

もっとも、第一譲受人の未登記につき、責任がないとの考え方もある。宮崎教授は、「第二譲受人の側（の責任）ばかり考えないで、第一譲受人の側の責任も考えなければ、利益衡量にはならないのではないかと批判がまず予想されます。すなわち、第一譲受人としても社会的不可侵性ある物権を保有したならば、第二譲受人に、それが明白になるように社会的ルールに従った措置をすべきなのに、それをしなかったことは、社会的ルールの上での怠慢だということになり、当然第一譲受人は不利益を甘受すべきだという考えも成り立ちます。第一譲受人側のいわば帰責事由を考慮しなければならないことは、まことにその通りです。しかし、先述の説明は、①第一譲受人に、社会的不可侵性ある物権が認められ、かつ、②それにもかかわらず、第二譲受人の過失によって第二譲受人がそれを知り得なかったという場合についてのことです。そうすると、①②の要件があるということは、当然に、第一譲受人の側には、帰責事由がなかったことが前提として含まれているといえないでしょうか（いささか、こじつけの感じが無くありませんが、一応、こう言っておきます）」と、著書の中で書いておられる。<sup>(12)</sup>しかし、はたしてこのよ

うに言い切れるかはやはり疑問である。民法が予定している登記をしていないことは、まぎれもない事実であり、帰責性をおびていると言わざるを得ないように思われる。

以上みてきたように、基本的には、第一譲受人に登記が備わっていないということを、ある学説は第一譲受人に帰責性があるということを意味すると解しているように思われる。そして、ある学説は、いわゆる第一譲受人が、怠慢であるから権利を失つてもいたしかたないことを意味すると解しているわけである。

しかし、事はそう単純ではない。たとえば第一譲受人は、なぜ登記をしなかったのか、あるいはなぜ登記ができなかったのか、といった原因あるいは理由を考えてみることも必要かも知れない。<sup>(13)</sup> もちろん、原因や理由まで考慮する必要性はないとの考え方も充分成り立つわけであり、困難な問題の一つであるように思われる。

あるいは、一般論的にのべるならば、第一譲受人側の諸々の事情を考えるとしても、多くの学説は未登記という事情を必ずしも真実とは異なる外形を作り出し、結果的には第三者をまどわすことになった責任があるという意味での帰責性という視点からみているわけではないということであり、そのことは一個の問題となりうるものと思われる。つまり、たとえば星野教授の説によれば、第二譲受人の行為が背信のか否かは、第一譲受人の事情によっても決まるとされているものの、その根底には対抗問題における第一譲受人と第三者との事情の比較考量という解釈手法が横たわっており、第一譲受人側の事情はそのための欠かせない要素なのであって、前述の意味での帰責性という概念は入りこむ余地がないように思われる。こうしたことは、おそらく背信的悪意者排除論者一般にいえることのように思われる。このことは、重要な問題を含んでいるものと思われる。

(9) 星野英一「取得時効と登記」(『民法論集第四卷』所収三二三頁)。

(10) 星野英一「利益考量論と借地借家関係規定の解釈」(『民法論集第四卷』所収二二四頁)。

(11) 篠塚昭次『民法セミナーⅡ 物権法』第二分冊一〇四頁(以下『民法セミナーⅡ』と略す)。なお篠塚教授は「譲渡人に登記がのこっているということは第一譲受人が譲渡人を信頼したからである、というところをまず、第一譲受人が所有権を失ってもやむをえない根拠とするのです」とのべておられたことに注意すべきである(著書では譲渡人はA、第一譲受人はBとなっている)。

(12) 宮崎俊行『私の物権法講義(第二分冊)』二八五頁。

(13) すでに、広中教授は、第一譲受人が登記をしないという事情につき、いくつかの場合をあげられ、具体的作業を行なわれている。たとえば①単純な怠慢である場合、②第一譲受人の買取目的は転売であって登記は譲渡人から転売人に直接移すつもりである場合、③第一譲受人に転売の意図はなく、代金を払っていたが、別の便利な土地を買うことができたので、譲渡人のほうから契約を解消してくれば結局は有利かも知れないと考えて、登記申請を延ばしていたような場合、④第一譲受人はすでに引渡を受けていたものの代金としていったん準備した金員は他の用途に振り向けたので、代金と引換えにする約定になっている登記申請をすることができず買取そのものを断念しかけていたような場合、⑤譲渡人と第一譲受人との間に損害賠償額の予定がなされている場合、があげられている(広中俊雄『物権法(第二版増補)』六七・六八頁。これについては別の機会に検討したいと考えている)。

### 三 二重譲渡における第三者の問題——背信的悪意者の判断要素をめぐって——

(1) それでは未登記の第一譲受人は、全く保護されないのかと言えば、そうではなく、周知のごとく判例および学説はいわゆる「第三者の範囲」の理論構成において妥当な結論を見出すべき努力をしているのである。そして判例や多数説は、背信的悪意者排除論を支持しているのである。<sup>(14)</sup>

そこで、背信的悪意者排除論は、いかなる判断基準を提出しているのであろうか。一般論的に言えば、背信的悪

意者か否かの認定は、結局のところ、判例によれば第一譲受人と第三者との両者の諸々の事情を総合的に勘案して利益衡量することで、客観的になされることになろう。そして、具体的判断基準の認定のために、学説もまた努力を重ねているが、これについて以下で少しみておくことにしよう。

まず、三和教授は、昭和四〇年に発表された論文において、判例を分析され、具体的基準を提示されている。<sup>(15)</sup>つまり基準としては、①物権の行為を前提として行為をした者、あるいは自らその物権変動に関係している者といってもよい場合がある。つまり一種のエストツペルのな法理の適用される場合である。この場合にはさらにその行為の程度が問題となり、積極的に行なった者、あるいはこれから何らかの利益を得た者などが考えられる。②二重譲渡の場合において、第一の買主に対する売主の権利侵害につき共同不法行為者の関係に立つもの、つまり二重譲渡の実現を図り、売主を教唆し、積極的に行動するなど著しく信義則に反する場合である。この場合は、不動産登記法四条の類推適用が考えられる場合であるが、判例の立場からいえば、公序良俗を適用する可能性が一番大きい。③その他主として利益衡量などによって、社会的正義ないし常識に著しく反するという判定をする場合がある、の三つのがあげられている。細かい判断要素については特にあげられてはいないものの、こうした三和教授の類型論はその後のこの問題の分析につき相当程度の影響をあたえたものと思われる。

つぎに、楨教授は、昭和四十一年に発表された判例研究において、三つの類型を判断基準としてあげられている<sup>(16)</sup>が、それらは、①第二譲受人と譲渡人との部分的・一体性（第二の買主が、第一の取引からみて売主に近接した地位をもつ結果、第三者としての利益が発生しない）、②第二譲受人の第一取引を前提とした事前の（時として当該の）行為（第三者としての利益を放棄したものとされる）、③第二譲受人の当該行為における背景（第一取引に対する関係で第二

譲受人のもつ譲受行為の動機・意図といった主観的態様、取引態度、取引倫理など当該取引行為者にまつわる取引法周辺の諸態様が注目される)、である。そしてこの判例研究において、筆者が興味をもったことは、槇教授が「第一の取引に接続して資本投下が行われ、既に生産や生存のための利用が開始している場合には、問題の視角はこの生産や生存の過程に及び、それとの関係で第二の取引が評価されることとなるのである」との指摘がなされていることである。つまり第一譲受人の利用を、槇教授が相当考慮されているということである。

そして、北川判事は、昭和四四年に発表された論文において、判例を分析された後、詳細な判断要素を、類型論に依拠しながら、提示された<sup>(17)</sup>。つまり、①第一類型(譲渡人と第二譲受人とが実質上同一の地位にあるとみられるケース)においては、以下の基準が設定できるが、この基準のすべてに合致しなければ背信的悪意者にあたるとはいえないという性質のものではなく、この基準に合致する点が多ければ多いほど、認定されやすい(以下の類型でも同じ)。(i)譲渡人と第二譲受人との間に、親子、夫婦などの密接な関係があるか、法人の場合には、代表者あるいは実質的な支配者が共通するという関係があり、第二譲受人が第一譲渡の有効な存在を熟知していること、(ii)第二譲渡が無償であるか、あるいはそれに近いほどアンバランスな対価によるものであること、(iii)第一譲受人の未登記の原因が、その責めに帰すべき事由によるものではないこと、(iv)目的不動産を第一譲受人が占有して利用していること、②第二類型(第二譲受人が第一譲受人の所有権取得を否認し、これを前提とする行動をとったケース)においては、(i)第二譲受人が第一譲受人の所有権取得を前提として、買受の交渉をしたり、目的物の賃借をしたりしていたこと、(ii)第二譲受人が第一譲渡の有効な存在を知らずながら、譲渡人に対し積極的に二重譲渡をするよう働きかけてこれを承諾させたこと、(iii)第二譲受の対価が第一譲受人からの譲受の場合にくらべて不当に安いものであって、第二

譲受の目的が不当な利益を得ることにあること、(iv)第一譲受人の未登記の原因が、その責めに帰すべき事由によるものではないこと、③第三類型（第二譲受行為の態様における背信性が問題となるケース）においては、(i)第二譲受が、第一譲渡の有効な存在を知りながら、譲渡人に対し積極的に二重譲渡をするよう働きかけてこれを承諾させたこと、(ii)第二譲渡の対価が不当に安いものであること、(iii)第二譲受の目的が、第一譲受人に対する復讐とか、第一譲受人への再度の売渡、転売などにあつて、第二譲受人自らが利用することを目的とするものではないこと、(iv)第一譲受人の未登記の原因が、その責めに帰すべき事由によるものではないこと、(v)目的不動産を第一譲受人が占有して利用していること、が基準として登場している。

あるいは吉原教授が『新版注釈民法(6)』でのべられているところによれば、<sup>(18)</sup>まず総論的には、登記の欠缺を主張する悪意の第三者の悪質性、対抗要件を欠くとして第三者から否認されている権利ないし利益の内容・種類および保護を要する度合、その他双方の側における諸々の特殊事情、などを相関的にかつ総合的に判断して、第三者の登記欠缺の主張を排除するか否かを判定することになる、のである。つぎに各論的には、明らかに背信的悪意者として第三者の範囲から排除される第二譲受人としては、④第一譲受人の物権変動の登記欠缺を主張することが、自己の過去の行為に矛盾し信義則に反する者、⑤権利取得が不当・不正な意図や動機によってなされた者、⑥譲渡人が第一譲受人への移転登記を不当に妨げたことに協力しておいて、自ら第三者の立場を主張する者、⑦譲渡人と夫婦・親子・兄弟姉妹などの親族関係という特別関係にあり、当事者に準ずる立場にありながら第三者の立場を主張する者、があげられている。さらに、「その他にも、⑧第一譲受人が不動産を占有している事情、⑨第二譲受人がさしあたり不動産を使用する必要性がない事情、⑩第一譲受人が代金支払済みであるか大部分支払済みである事

情、などが加味される場合もある」とされている。<sup>(19)</sup>

(2) さて、こうした学説の検討の中から、見い出せるものがあるとすれば、やはり第一譲受人が占有して利用しているという要素の抽出であろう。しかしながら、残念ながら、たとえば背信的悪意者排除論を支持する吉原教授の論稿からもうかがえるように、第一譲受人の占有は背信的悪意者か否かの認定の際の比較衡量の一要素としてしか認識されていないのである。占有は他の要素とは並列的には語れないと考えている筆者からすれば、問題のあるところであると思われる。

ところが、最近、背信的悪意者排除論を支持する学説の中にも、第一譲受人の利用（占有ではないことに注意）をとりわけ重くみようとする考え方が登場してきているのはたいへん興味深いところである。たとえば広中教授は物権法の教科書において、「一七七条にいう第三者からの背信的悪意者の排除は解釈上の一般条項として登場したルールであり、その（一般条項たる性格をもつルールの）妥当な具体的適用を確保するための基準を構成することが要請されるが、その際、基礎的重要性をもつべきものは、譲渡人・第一譲受人間に物権変動のあったことを知りながら第二譲受人が譲渡人を介して同一不動産につき利害関係をもつにいたった当時すでに第一譲受人が権原に基づきその不動産の利用——居住のためであれ生産その他事業のためであれ——をしていたかどうかの区別である」、とのべられている。<sup>(20)</sup>

しかし、筆者にとってみれば、利用を重視するのは賛成であるが第一譲受人による利用が始まっている不動産を購入する第二譲受人が「背信的」悪意者になぜなってしまうのか、疑問のあるところである。この点につき広中教授は、「第一譲受人はもはや権原取得という抽象的行為（客体の側から通常の場合に即して言えば商品流通）の段階を

越えて生存あるいは事業のための利用という具体的利益を不斷に実現しつつあるのであり、権原取得という抽象的行為をしただけの第一譲受人との間には、その地位において社会的差異があるというべく、この社会的差異は、第二譲受人の悪意を媒介として法的なものに転化させられると解するのを相当とする。こうして、上記のような第二譲受人は、不動産登記法四条・五条の類推という枠におさまらない場合にも背信的悪意者としての扱いを受けるべきことになる」と、のべられているが、このような者は、利用を知りつつも購入するならば悪意者であり、利用を見過ごしてしまったならば有過失者ではなからうか。しかし広中教授は「譲渡人から土地を譲り受け（あるいは借地権の設定を受け）た第一譲受人がその土地の上に建物を建築して居住ないし事業の用に供していたのに、現地を、検分しないまま、その土地をみずから使用するつもりで買い受けた―そして第一譲受人に対し建物収去・土地明渡を請求する―ような第二譲受人は、重大な過失があった者というべきで背信的悪意者と同様に扱われるべきである」とものべられている。<sup>(21)</sup>注目すべきは、背信的悪意排除論者にはめずらしく、第三者の「過失」を問題にされていることである。ここでは「現地検分をしないこと」がそれにあたるとされている。この点は評価されてしかるべきものと考ええる。こうなると、悪意者や有過失者は保護されず、善意・無過失者のみが保護されるとする公信力説に相当程度接近してきているようにも思われるのである。

(3) 以上のことを、別の角度からみるならば、利用があればもちろんではあるが、とりあえずは外形的变化をとまなう占有があれば、第一譲受人は、保護されてよいように思われる。こうした点に関して、いわゆる公信力説の主張者の一人である篠塚教授は、日本の不動産取引のばあい、第二譲受人が不動産の現場を確認しないまま登記簿だけで売買契約をするということではなく、登記簿だけを見て現場を見ないで売買契約を結んだ場合にはその者に過



失があるということになり、現実に現場を占有している第一買主は、つねに未登記のまま対抗力があるのと同じ結果になる、とのべられているが、注目すべき見解と思われる。公信力説の場合、現地検分が大前提になっているのである。そして占有は第三者の善意・悪意や過失の有無につき重要な役割をになうことになる。

(14) 数多くの文献があるが、とりあえずは、鎌田薫「対抗問題と第三者」(星野英一編『民法講座2物権(1)』六七頁以下)に掲げられた文献を参照されたい。また最近の論文としては、石田剛「登記がなければ対抗することができない第三者」(『新不動産登記講座(2)』所収二五頁以下)、松岡久和「民法一七七条の第三者・再論―第三者の主体的資格と理論構成をめぐる最近の議論―」(『民事法理論の諸問題(下)』所収一八五頁以下)が注目される。

(15) 三和一博「民法一七七条の「第三者」の範囲と信義則の適用―いわゆる背信的悪意者をめぐる判例・学説の検討―」東洋法学九卷二二三号三二頁以下。

(16) 横梯次「民法一七七条と背信的悪意者(判例研究)」法時三八卷一一号一〇五頁以下。

(17) 北川弘治「民法一七七条の第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準(1)(2)(3)(4)」判時五三八号二二一頁以下、五四一号一〇五頁以下、五四四号一一一頁以下、五四七号一〇七頁以下。

(18) 吉原節夫「登記がなければ対抗しえない第三者」『新版注釈民法(6)』五六〇頁以下。

(19) とくに吉原節夫前掲書五九六頁参照。

(20) 広中俊雄『物権法(第二版増補)』一〇一頁。

(21) 広中俊雄前掲書一〇三頁、一〇八頁参照(ただし本文で譲渡人はA、第一譲受人はB、第二譲受人はCとなっている)。なお、石田剛「不動産二重売買における公序良俗」(『民事法理論の諸問題(下)』所収一二九頁以下)は興味深い。

(22) 篠塚昭次『民法セミナーII』一〇八頁。

#### 四 借地上の未登記建物の存在と新土地所有者

(1) まず判例についてみておこう。<sup>(23)</sup> 借地上の建物が未登記の場合の対抗力については、裁判所は、かなり以前から、いわゆる権利濫用理論を用いて、借地権者を保護していることは周知の事実である。戦後の下級新判例の中には、わりと早い時期からその傾向がうかがえるが、もちろん借地権者をこの理論で保護しなかった事例も多くあることは言うまでもない。

具体的には最高裁が、権利濫用理論でもって、借地権者を保護した判例としては、最判昭三八年五月二四日（民集一七卷五号六三九頁）や、最判昭四三年九月三日（民集二二卷九号一八一七頁）や、最判昭四四年一月二一日（判時五八三号五六頁）<sup>(24)</sup> があげられる。また下級審でも、この権利濫用理論を採用し、数多くの判例において借地権者を保護しているのが現状である。

ところで、この問題については、「背信的悪意者排除論」や「登記の欠缺を主張しうるにつき正当の利益を有する第三者に当たらない」といったいわゆる二重譲渡における「第三者の範囲」に関する理論構成でもって、借地権者を保護する判例もあり、興味が引かれるところである。

まず、「正当の利益を有する第三者に当たらない」とした判例としては、東京地判平三年六月二八日（判時一四二五号八九頁）<sup>(25)</sup> があげられる。事案は、旧借地権者から借地権を譲り受けた新借地権者が、ビル建築のために堅固建物所有を目的として賃貸借の予約をし、建物を取り壊し更地にしたところ、当該土地を買い受けた新土地所有者

が、借地権を否認し争いとなったというものである。裁判所の判決理由によれば、新土地所有者の事情として、賃借権を否定すれば莫大な利益を手にすることができると考え、本件土地を時価よりも安く買受けたこと、あるいは借地上的建物の名義が旧借地権者から新借地権者に移転していたことやそのうちのいくつかの建物が取り壊されたこと（そして奇妙なことに建物滅失登記は新土地所有者側の者が行なっている）や、ビル建築までの間賃借権が従前どおり旧土地所有者に存続していることなどを、新土地所有者のオーナーは知っていた、とされている。他方、新借地人側の事情としては、右にのべた新土地所有者のオーナーが知っていたような事実がそのまま新借地人側の事情として登場することになる。もともと建物取壊し後、「ビル建設予定地」という表示がされていたことは、注目されてよいように思われる。<sup>(25)</sup> 本件は、借地上に建物があるものの未登記であるという本稿のテーマからはややずれるが、興味ある判例であるといえよう。

あるいは、東京高判昭四五年五月二七日（判時六〇六号三五頁）がある。この判例の場合、判決理由によれば、第三者である新土地所有者の事情としては、旧土地所有者と親族関係にあること（新土地所有者の実子が賃貸人たる旧土地所有者の養子になっていた）や、旧土地所有者と借地権者との間で賃料増額に関してもめており、その報復のために、建物が未登記であることを知った上で、第三者と謀ったということがあげられる。借地権者の側は、いまでもなく、建物は存在するが未登記であった。結局、賃貸人の目的達成のために第三者もまた参画し、土地を購入したのであり、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者には該当しないとの結論にいたったわけである。

つぎに、「背信的悪意者排除論」を適用して、借地権者を保護した判例としては、まず東京地判昭四〇年七月二

一日（判タ一八一号一五六頁）がある。判決理由によれば第三者側の事情としては、旧土地所有者の賃貸管理をしていたのは第三者の父であり、この父のすすめにより第三者は土地を購入したことや、当該土地を格段に安い値段で購入したことや、借地権者が建てた建物は未登記であることを知っており、またその建物には借地権者の親族が住んでいることも熟知していたこと、があげられる。借地人側の事情としては、未登記の建物が借地上にあるという典型的なものである。こうした事情のもとで第三者は背信的悪意者と認定された。

あるいは、東京地判昭四一年六月一八日（判タ一九四号一五三頁）がある。この裁判に関しては、判決理由によれば第三者の事情としては、借地上の建物が取り壊され借地上に建物がないことを知っていたことや、そのことを利用して法律に明るい第三者が旧土地所有者をそそのかして急拠本件土地を購入したことや、購入価格は時価の半額以下であったが、それにもかかわらず借地権者に時価相当額で売りつけようと試みており、不当な利益を得ようとしていること、などがあげられる。借地権者側の事情としては、借地上の建物は改築のため取り壊されていて存在しなかった、という限界事例的なものである。第三者は背信的悪意者と判断されたが、結果的には、建物自体すらなくとも借地権の対抗力を認めたことになるがゆえに、興味深い判例である。

また、東京高判昭五八年八月三〇日（判タ五一二号一四一頁）があげられる。裁判所の示した判決理由によれば、第三者側の事情としては、借地上に建物が存在し自動車修理工場として使用されていることを知っていたこと、旧土地所有者がアパートを建てることになり、建築資金の調達に関し相談を受けた建築工事の下請け会社の代表者は建物が未登記であることを利用し売却を進め、結局自らが新土地所有者Ⅱ第三者になったこと、第三者は自ら使用する必要性はなかったこと、未登記建物の敷地のみをわざわざ分筆して購入していること（測量も自らの会社が行

なっている）等が認定されている。一方借地権者の事情としては、取り壊された建物が登記簿上は借地に残存する形になっていたので、その建物につき所有権移転登記をしておけばよいと考え、その手続をしたが、現存する建物は未登記のままであったこと（この建物は前借地権者より贈与されていた）、賃貸人Ⅱ旧土地所有者の承諾を得て前借地権者から現借地権者に借地権の譲渡がなされていること、があげられる。

そして、大阪地判平二年七月二日（判時一四一—号九六頁）も、背信的悪意者排除論により、借地権者を保護している。判決理由によれば第三者側の事情としては、借地権者がいることを知っていたこと、当該土地を借地権の負担のある土地として安く買い取っていること、があげられる。借地権者の事情として、借地上の建物につき当初から登記をしておらず、土地所有者が交代することを認識はしていたが、登記をしなかったことがうかがえる。

なお、この判決においては、「一般的に不動産取引においては、不動産を譲り受けようとする者は現地調査をしてから取引に入るのが通常であるという現状に鑑みれば、被告らが地上の建物を有するのみで建物登記をしないまま安心していたとしても、そのことをもってただちに被告らに落ち度があつたということとはできないし、原告は本件売買契約当時、被告らが本件土地を賃借していたことを知っていたというのであるから、建物登記をしていなかったというだけで被告らを非難することはできないというべきである」とのべられているが、このことは注目に値するものと思われる。というのは、最高裁により地番の相違の事例においてうち出された「現地検分主義」は、<sup>(26)</sup>建物未登記の事例においても登場してきていることになるからである。

(2) さて、それでは学説はどうであろうか。学説はいろいろなわけがあるが、そしてそれらの検討は、また別の機会に詳細に行うとして、とりあえず筆者に関心があることのみを簡単にふれておくとするならば、ここでの問題につ

き広中教授もまた説を変えられ、現在では背信的悪意者排除論を支持されているということである。

広中教授は、かつては、近代的土地所有権のあり方、すなわち利用権は所有権に優越すべきとの考え方を基礎に、「悪意」の新土地所有権者に対しては未登記建物の所有者たる借地権者は対抗できると主張されていた<sup>(27)</sup>。

ところが、不動産登記制度研究会でかつて報告された「借地権の公示と対抗力」というテーマでの報告論文では、「悪意の新地主」とか「悪意者に準ずる扱いを……」という言葉を使用されているが、その研究会の討論においては、幾代教授の「ところで広中さんの説では、建物所有の現実利用が始まっているということをも一つあげられたと思いますね。そういう時で且つ第三者が悪意であれば、背信的悪意者として排除するわけですか」との質問に答えて、広中教授は「ええ、背信的悪意者の構成でいく」と、答えられている<sup>(29)</sup>。また、最近出版された著書でも、明確に「法定の対抗要件を具備しない借地権者の保護は、新地主を「背信的悪意者」（対抗要件（ここでは利用権についての対抗要件）の欠缺を主張する正当な利益を有しない第三者）の一類型」として扱う法的構成によって導くべきであろう」とされている<sup>(30)</sup>。詳しい説明がないので、なんとも言えないものの、今後また検討してみたいと考えている。

なお、いわゆる公信力説をとられる篠塚教授は、この問題については、借地権者がその土地についてすでに占有を取得しているとき、つまり建物があればほとんど問題はなく、また垣根を立てて、借地権者が自己の建築用地とというような立て札も建てておけば、一種の明認方法ということで対抗力に近い効力があることになり、他方新土地所有者は、この土地を現実に調べていたか、善意・無過失であったかが要件となる、とされている<sup>(31)</sup>。筆者も基本的には、この立場に立つので、判例理論や広中説には反対である。

(23) 判例の動きについては升田純「地震売買の防衛策―対抗力のない借地権の保護」登記先例解説集三七九号六頁以下がある。

(24) 権利濫用理論については、学説は批判的である。学説についてはたとえば、石外克喜「第三者に対する借地権の対抗力」(水本浩)田尾桃二編『現代借地借家法講座1借地法』一七七頁以下)参照。

(25) 広中教授は、以前「空地に何々会社建築予定地という看板があるというだけの場合は背信的悪意者論にゆだねるのが妥当だ」という議論も残っておかしくないと思います」と発言されていた(不動産登記制度研究会『不動産物権変動の法理』ジュリスト増刊一四三頁)。

(26) この考え方は周知のごとく、最大判昭四〇年三月一七日(民集一九卷二号四五三頁)によって打ち出されたものであるが、新しく成立した借地借家法一〇条一項二項との関連で検討する必要性はあろう。筆者はごく簡単にのべたことはあるが(大西泰博「一体利用の二筆借地の一方が対抗要件を欠く場合と買主による明渡請求」(判例評論)『私法判例リマックス』一七号五一頁以下、今後の一つの課題である。

(27) 広中俊雄「対抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」(幾代通)鈴木祿弥「広中俊雄『民法の基礎知識(1)』五四頁以下、とくに五六頁)、同『債権各論講義(第五版)』一九二頁参照。

(28) 広中俊雄「借地権の公示と対抗力」(前掲『不動産物権変動の法理』一二八頁以下)参照。たとえば広中教授は「法的構成としては、悪意の新地主に対する関係では借地権の公示があったと同様の扱いをして新地主と従前からの借地人との関係を直接の借地関係にもっていくべきです」とか(同書一三二頁)、「現地を検分しない者は、特段の事情のないかぎり、借地人所有の建物の存在を知らなかったことにつき重大な過失があるとみて悪意者に準ずる扱いをすべきでしょうから……」とのべられている(同書一三三頁)。

(29) 前掲『不動産物権変動の法理』一四二頁。

(30) 広中俊雄『債権各論講義(第六版)』二〇五頁。

(31) 篠塚昭次『民法セミナーV借地借家法』第一分冊六四頁。なお同『民法セミナーIV債権各論』第一分冊五頁以下参照。

## 五 まとめと若干の検討

(1) 本稿ではまず一において、登記の真正確保はどのようにして図るべきかあるいは図られているかを論じ、また一方では現に登記と実体の不一致が生ずる場合もあることを確認し、さらに積極的に登記と実体の不一致を作り出した者はそれなりのリスクを覚悟すべきであろうことを論じたのである。そして登記と実体の不一致が現に生じてしまった場合には、登記は公示手段としての役割を担っていないことになるわけであり、結果的には登記だけでは権利関係を判断できなくなり、また実体とは異なった登記から生じるリスクを誰におわせるかが問題となることを再確認したのである。そして以上のことをふまえて、本稿ではとりわけ公示手段たる登記を全く備えなかった場合の問題を取り上げ、それに係る理論の検討を行うことを課題として設定する旨のべたのである。

つぎに、二においては、二重譲渡における第一譲受人の未登記の問題をとりあげた。そしてまず第一譲受人が登記を備えなかったことをどう評価するかが論題となり、登記を備えなかったことを問題にする必要性はないとする利益衡量論の立場に立つ側の見解もあるが、同じ利益考量論の立場に立ちつつ、第二譲受人側の事情だけでなく第一譲受人側の事情も考えるべきとの基本的態度にもとづき、第一譲受人が未登記であることを問題視し、結局のところ第一譲受人の怠慢性につきその者は咎められるべきであって負けてもよいとする見解が存在することをのべ、さらには、第一譲受人が登記をしなかったことを、とりわけ帰責性という視点から捉えて、第一譲受人の過失を認め、その者が権利をうばわれてもかまわない要因が存在することを指摘する見解もあることをのべた。この問題を



帰責性概念を用いて説明するか否かは、少々重要な問題を含んでいることも指摘しておいたが、詳しく論じたわけではなかった。

さらに三においては、二重譲渡における第三者の問題を取り上げ、とくに判例・多数説となっている背信的悪意者排除説における背信的悪意者の判断要素について検討した。とりわけ第一譲受人の占有・利用ということが、背信的悪意者排除説では、比較衡量のための一要素にすぎなかったが、今日ではこの理論の支持者の中には、占有・利用をもう少し積極的に考えている学者もいることをのべ、この点では公信力説と親和性がある程度認められるもの、占有・利用を知りつつ買うことに対する法的評価については依然としてきびしい対立があることを指摘した。

そして四においては、いわゆる旧建物保護法一条に関する大きな問題の一つであった建物が未登記である場合の対抗力につき検討を加えた。この問題に関し、最高裁は相変わらず權利濫用理論をもって借地権者を保護しているが、下級審においては、背信的悪意者排除説が採用されており、その際の判断要素につき、裁判所はいかなる要素を持ち出しているかを検討した。またこの問題でも現地検分主義が登場してきていることを確認した。学説についても若干みたが、それは広中説の改説の事実のみにふれたにすぎない。ただそこではのべなかったが、「所有対所有」「所有対利用」という構図が機能しなくなった、言いかえればそうした区別にもとづき理論構成を異なったものにする必要性は、判例・学説の流れを見る限りなくなったといえるかも知れない。<sup>(32)</sup>筆者もやはり両者は区別すべきではないと考えている。ただし言うまでもなく、判例・多数説は「背信的悪意者排除説」で統一されるのに対して、筆者は「善意無過失者保護説」で統一しようとするところに相違がある。さて、以上のことをふまえて、いくつかの点について、以下において検討することにしよう。

(2) まず、登記をしないことをどう評価すべきかにつきもう一度考えてみることにしよう。既に本稿でも少し検討したように、やはり登記すべきなのに登記をするという行為を行わなかったことを問題にすべきであるとする考え方が一般的になりつつあるように思われるが、そのとらえ方には、一七七条の規定に対する理解の相違にもとづくところも多分にあるように思われる。つまりいわゆる背信的悪意者排除説の主張者は、一七七条は構造的にはいうまでもなく対抗問題に関する規定だと理解し、第一譲受人と第二譲受人の諸事情・諸ファクターを取り上げて、利益衡（考）量を行なうという作業の中で、未登記であることを第一譲受人のマイナスイタムとして位置づけて、場合によっては未登記の原因・理由をさぐるという分析を行ない、それをも判断のための一要素としつつ、解釈論を展開していると考えられる。これに対して、公信用説の主張者（とくに篠塚教授）は、一七七条は公信問題に関する規定だと理解したうえで、外觀法理の視点から理論構成しようと考えている。一七七条の場合でも、第二譲受人が譲渡人のところにある登記を信頼し、そのことにつき善意・無過失であったならば第二譲受人を保護しようと考え、そうなるも他方権利をうばわれる側である第一譲受人には帰責性がなくてはならないだろうとし、登記をしなかったことがその一つにあたるとの理論構成になるわけである。こうした考え方は、基本的には、一〇九条・一一〇条・一一二条の表見代理規定や、一九二条の即時取得規定や、四七八条の債権の準占有者への弁済の規定等を外觀法理の規定と理解し、統一的に真の権利者の帰責事由と第三者の保護事由との比較衡量という解決手法となつて具体化するわけであり、一七七条もこの延長線上にあると把握しているのである。このように、利益衡量という具体的作業は同じではあるものの、根本的なところでの理解の仕方が異なるので、問題はそう簡単ではないということになる。<sup>33)</sup>

つぎに、占有について考えることにしよう。篠塚教授の公信力説がしばしば誤解されるのは、「登記を信頼した」ということだけをとりえて、わが民法には登記に公信力がないから無理な考え方だと言われ、なるほど確かにこの学説の名称はドイツ民法のように登記に公信力があることを連想させてしまったことも否めない。しかし篠塚教授の場合、実は登記に対する信頼だけではなくて、占有をたいへん重要視されており、基本的には第一譲受人に占有があるのを知りながら第二譲受人がその不動産を購入するのは悪意であるとされ、さらに注意すべきは、篠塚教授の場合、悪意とは「不法行為法における故意または過失に実質上該当する」と考えられていることである。<sup>(35)</sup> このことはまた第三者の過失論へとつながって行くものと思われる。

悪意の意味・内容については別の機会にゆずるとして、筆者自身も占有は重要であり、特別な意味をやはりもつものと考えている。ところで、占有の重要性については、本稿三で既に検討したように、背信的悪意者排除論者の中でもそのことが強く意識されつつあるようであり、背信性判断のための他の諸ファクターとは比重のおき方が異なってきたように思われる。広中教授の説がそうであると筆者は理解しているが、槇教授もまた先の判例研究の論述に加えて『物権法概論』において、「自由競争の枠に対する反省がさらに深刻化し、また技術的には物権変動の時期がほぼ引渡しや代金支払の時期とされてくるとき、背信性の基準もそれだけ単なる悪意に接近し、とくに利用保護の要請を受けて、第一譲受人の占有・利用についての悪意が注目されてくる。問題の焦点が第一譲受人における占有の有無・態様・期間などにむけられてきたのもこのためである。こうして、この法理は、信義則を内包しつつも、対抗問題独自の法理として自立化の歩みを進めてくる」と語られているが、この見解は筆者には悪意者排除説の考え方と実質的には同じようにも思われる。<sup>(36)</sup>

それでは、占有についてはどのように考えたらよいのであろうか。<sup>(37)</sup> 筆者は基本的には以下のように考えている。まず、第一譲受人の側にとってみれば、占有もまたやはり公示手段の一つだということにならざるを得ないように思われる。そして、登記がなくても、占有、明認方法のどれかが現存すれば、言い換えれば、第二譲受人が認識しうるような外形的变化があれば、公示されていると考えてよいように思われるのである。これを「現地公示主義」とよんでおこう。そして、占有あるいは明認方法が現存するということは、登記を怠たり、真実とは異なる外観を作り出しているという点では帰責性があるものの、その帰責性がこの現地公示によりうすめられるかもしくは阻去されることを意味すると思いたいと思う。また第二譲受人の側からみた場合にも、占有は重みをもつものと思われる。つまり、占有のあることを知りながら当該不動産を購入する者は判例・多数説は背信的悪意者だと理解しているが、筆者からすれば、占有をも知って購入する人は、信義則を適用するまでもない人のように思われるのである。法的には悪意者であり民法の多くの規定は悪意者を保護していないのである。また占有を見過ごして購入する人は有過失者となろう。占有は第三者の有無にも影響を与えることになる。そして過失ある第三者は保護されないのである。占有を基礎に第三者の過失の有無についても重視することになる。そしてこの根底には「現地検分主義」がある。背信的悪意者排除論者は、第三者の過失をとくには問題とされていないようだが、疑問のあるところである。

(3) さて、最後に占有に関連して、九四条二項類推適用論に簡単にふれておきたいと思う。筆者は基本的には、九四条二項は本来的な姿の場合、つまり通謀があつた場合にのみ適用すべきであつて、類推適用は妥当ではないと考えているが、このことについてはまた別の機会に論ずるとして、九四条二項類推適用論は、通謀なくして移転し

た相手方のところにある登記を信頼し、その登記を信頼した人が善意・無過失ならば保護されるのである、との解釈論を展開しているが、筆者の知りうるかぎり、学説のほとんどは占有を考慮していないようにも思われる。<sup>(38)</sup> 相手方に登記があっても占有がなければ、第三者は不審に思うべきであり、その意味ではこの問題の場合にも占有は大きな意味をもつはずである。登記だけでは判断できないのである。今後の検討課題の一つとしたいと思う。

(32) この点に関しては、背信的悪意者排除論を主張される吉原教授は、「両判例法基準とも（登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない者」および「背信的悪意者」のこと…筆者（注）、このような有用性をもつがゆえに、物権変動の範囲を超えて、土地賃借権の登記欠缺を主張することが不当な者についても、妥当な結論を得るため拡張適用されることになったのは、けだし当然ともいえる」と評価されているが（前掲『新版注釈民法(6)』六〇四頁）、公定力説を主張される篠塚教授も、いわゆる公定力説を二重譲渡の対抗力の問題にも借地権の対抗力の場合にも適用すべきことは、以前から主張されていた（篠塚昭次『民法セミナーⅣ』一一頁以下、同『民法セミナーⅤ』六〇頁以下参照）。

(33) ただし、篠塚教授の二重譲渡の場合における第一譲受人の帰責性につき興味深いのは、注（11）でもふれたように、譲渡人を信頼し登記を残しておいたことに過失があるとされることである。結局この信頼が破られて問題が発生するわけだが、言い換えれば譲渡人を見誤ったということになろうか。なお星野英一「物権変動論における「対抗」問題と「公信」問題」（『民法論集第六巻』所収一二五頁以下）参照。

(34) 篠塚昭次『民法セミナーⅡ』一〇七頁以下参照。なお篠塚教授には、「占有論序説」（『早稲田法学』三二巻第三・四冊四〇七頁以下）があり、大変興味深い論文である。また篠塚昭次「物権の変動と不動産登記」（『前掲『今日の課題』四一頁以下）参照。

(35) 篠塚昭次『民法セミナーⅤ』六五頁。なお鈴木禄弥「物権変動と対抗問題」三九頁以下参照。

(36) 槇梯次「物権法概論」九一頁。

(37) 山中康雄『占有の理論』（法学理論編64）はいくつかの示唆を筆者に与えてくれているが、より詳しくは他日に期したい。

(38) ただし、前掲・不動産登記制度研究会『不動産物権変動の法理』一三三頁一四頁の幾代教授、好美教授、川井教授、篠塚教授の議論はきわめて重要と思われる。